

Expediente 04407-2007-HD

Sumilla: presento alegatos

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Javier Casas, exhibiendo carné del Colegio de Abogados de Lima n° 31290, en el proceso de hábeas data iniciado contra el **ministerio de Transportes y Comunicaciones** por una restricción indebida al acceso a la información contenida en las declaraciones juradas de ingresos, bienes y rentas de diversos ministros y viceministros, me presento ante usted en la vía de alegatos para señalar los siguientes argumentos.

Resumen del planteamiento:

Sostengo la razonabilidad y exigibilidad de la publicación integral de los datos contenidos en las declaraciones juradas de ingresos, bienes y rentas reguladas por la ley 27482, al considerarlos información pública que, sólo mediante su conocimiento completo y oportuno, permite elaborar una opinión pública informada acerca de la gestión de los funcionarios del Estado con la finalidad de luchar eficientemente contra la corrupción. En este sentido, afirmo que la Constitución y la ley 27482 han reconocido la condición de 'libertad preferida' al derecho de la sociedad al acceso integral a la información contenida en dichas declaraciones juradas, restringiendo legítimamente el ámbito de protección de otros derechos de igual jerarquía que pudiesen oponerse.

Desarrollo mi posición partiendo del contexto normativo y la jurisprudencia aplicables que guían mi razonamiento. Luego, los aplico al caso materia de este proceso para llegar a la conclusión que considero lógica.

I. El derecho al acceso a la información pública y el derecho a la protección de los datos personales son medios para proteger y ejercer otros derechos.

¿Qué es información pública? El carácter instrumental de la información en beneficio de cada persona y de la sociedad.

La información no tiene valor por sí misma. Por ejemplo, si tenemos acceso a datos parciales, fragmentados o inexactos, o si la información está expuesta en un idioma o lenguaje desconocidos, no tiene ningún valor. El valor de la información está directamente vinculado a la capacidad de ser usada optimizando todo su potencial, es decir, aprovechando al máximo y de manera legítima, las potencialidades que se abren a partir de su conocimiento.

En este sentido, la información pública es aquella que cualquier individuo por igual tiene derecho a conocer porque le permite desenvolverse mejor ya sea en el ámbito público, como por ejemplo su desempeño profesional o social, o en el ámbito privado como por ejemplo sus actividades estrictamente familiares.

En igual sentido, pero desde una perspectiva más amplia, la información pública en las sociedades democráticas es aquella que permite a los ciudadanos conocer mejor el desempeño

de las autoridades y de las entidades cuyo objetivo es servir a la sociedad. Este tipo de información se refiere a la 'cosa pública' o '*res pública*'. Desde ambos puntos de vista, el acceso a la información pública es un derecho instrumental, es un medio para que cada individuo y la sociedad se desarrollen de manera integral.

El Tribunal Constitucional, para exponer el carácter instrumental o relacional del derecho al acceso a la información, ha señalado lo siguiente sobre la finalidad de la información pública.

"(...) debe indicarse que el derecho de acceso a la información pública tiene una doble dimensión. Por un lado, se trata de un derecho individual, en el sentido de que garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas. A través de este derecho se posibilita que los individuos, aisladamente considerados, puedan trazar, de manera libre, su proyecto de vida, pero también el pleno ejercicio y disfrute de otros derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, en su dimensión individual, el derecho de acceso a la información se presenta como un presupuesto o medio para el ejercicio de otras libertades fundamentales, como puede ser la libertad de investigación, de opinión o de expresión, por mencionar alguna.

(...)

En segundo lugar, el derecho de acceso a la información tiene una dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de todas las personas de recibir la información necesaria y oportuna, a fin de que pueda formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad auténticamente democrática.

Desde este punto de vista, la información sobre la manera como se maneja la res pública termina convirtiéndose en un auténtico bien público o colectivo, que ha de estar al alcance de cualquier individuo, no sólo con el fin de posibilitar la plena eficacia de los principios de publicidad y transparencia de la Administración pública, en los que se funda el régimen republicano, sino también como un medio de control institucional sobre los representantes de la sociedad; y también, desde luego, para instar el control sobre aquellos particulares que se encuentran en la capacidad de poder inducir o determinar las conductas de otros particulares o, lo que es más grave en una sociedad como la que nos toca vivir, su misma subordinación."¹

"(...) Mediante dicho derecho, (...) también se posibilita que puedan ejercerse otros derechos fundamentales, como la libertad de investigación científica, la libertad de opinión o expresión, etc., que requieren de aquél, pues, en ciertas ocasiones, el derecho de acceso a la información pública se presenta también como un presupuesto o medio para el ejercicio de otros derechos fundamentales. En este sentido, el derecho de acceso a la información pública, además de ser un derecho subjetivo, es también un derecho relacional."²

¹ Resolución del expediente n° 1797-2002-HD, puntos 10 y 11 de la parte considerativa.

² Resolución del expediente n° 1219-2003-HD, punto 4 de la parte considerativa.

¿Cómo reconoce la Constitución al derecho al acceso a la información pública?

El artículo 2 inciso 5 de la Constitución Política del Perú señala lo siguiente.

"Toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, y con el costo que suponga el pedido."

La interpretación adecuada al principio de máxima garantía para el ejercicio de este derecho, de acuerdo con el texto constitucional, es como sigue. Es sujeto del derecho cualquier individuo, sin distinción de nacionalidad, edad, raza, lengua, sexo, religión, ni de ninguna otra índole. Es sujeto obligado a satisfacer este derecho cualquier entidad pública. A su vez, son elementos que necesariamente deben concurrir en su totalidad para el ejercicio pleno del derecho, y su consecuente satisfacción integral, los siguientes. Nadie está obligado ni debe ser obligado a dar explicaciones sobre los motivos por los cuales desea solicitar y obtener información pública. La respuesta de la entidad pública, ya sea en sentido positivo o negativo debe darse necesariamente dentro del plazo de ley. El acceso a la información pública es gratuito, a menos que se haya solicitado una copia de algún documento, en cuyo caso corresponde al solicitante abonar el valor del costo de reproducción del documento en donde está depositada la información.

El régimen de excepciones al acceso a la información

Desde el punto de vista de la funcionalidad de la información, existen casos en los que ésta atañe su máximo valor para quienes la producen o poseen si es que permanece excluida legítimamente del conocimiento del público.

El ejercicio del derecho al acceso a la información pública es legítimo en la medida en que, justamente, se acceda a información de carácter público. Si se impide el acceso a la información pública, se impide, como dijo el Tribunal Constitucional, el adecuado y normal desarrollo de las personas y de la sociedad.

En sentido contrario, si cualquier persona pudiese obtener información en circunstancias en las que la protección de determinados derechos o intereses obliga necesariamente a su resguardo, se pondría en igual riesgo el estado de Derecho y la convivencia democrática de la sociedad.

Por lo tanto, debemos considerar tres elementos claves a tener en cuenta para la clasificación razonable de la información. La estricta relación entre el bien jurídico que se intenta proteger y la restricción al acceso a la información que se prevé para ese fin, así como el plazo y la oportunidad de dicha restricción.

Estos criterios están adecuados al régimen de excepciones al acceso a la información establecido en la segunda parte del artículo 2.5 de la Constitución Política del Perú, que señala lo siguiente:

"Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional."

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado."

La forma como debe aplicarse estas restricciones al derecho al acceso a la información, sin caer en la arbitrariedad, ha sido señalada por el Tribunal Constitucional al exigir

"del Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un apremiante interés público por mantener en reserva o secreto la información pública solicitada y, a su vez, que sólo manteniendo tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica."³

En cuanto al plazo, por ejemplo, el artículo 15 *in fine* de la ley 27806 establece que la información clasificada bajo la categoría de 'secreta' puede serlo por cinco años, prorrogables por la entidad correspondiente con conocimiento del Consejo de ministros. A su vez, la información clasificada bajo la categoría de 'reservada' se convierte en pública "una vez que desaparezca la causa que motivó la clasificación" de acuerdo con el artículo 16 de la misma norma.

En cuanto a la oportunidad, estamos ante situaciones en las cuales una misma información puede ser de acceso público o no, de acuerdo con la evaluación que se haga de cada caso concreto al ponderar los derechos e intereses en juego. Esta circunstancia se da para los datos considerados como 'confidenciales' y que se encuentran en el artículo 17 de la Ley 27806.

Pero en el caso de los datos personales, su protección sobrepasa los alcances de la ley 27806 de Transparencia y Acceso a la Información Pública, toda vez que este tipo de datos pueden estar almacenados en bancos públicos y privados. Por ejemplo, los bancos de datos privados no están sujetos a la ley 27806.

La protección de los datos personales ¿Protegerlos para qué?

El artículo 17.5 de la ley 27806 señala lo siguiente respecto de los datos personales que obran en poder de las entidades públicas:

"El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente: La información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar. La información referida a la salud personal, se considera comprendida dentro de la intimidad personal."

En sentido contrario, y de acuerdo con el principio de interpretación restrictiva de las excepciones al acceso a la información a que obliga el artículo 18 de la ley 27806, tenemos que son públicos todos los datos personales que no afectan la intimidad personal y familiar.

Pero existen datos personales, como por ejemplo aquellos que revelan o dan una idea más o menos precisa de la identidad personal, los gustos o aficiones, la educación recibida, los niveles

³ Resolución del expediente n° 1797-2002-HD, punto 11 de la parte considerativa.

de ingreso, las deudas, el domicilio, etc., cuya difusión no atañe necesariamente a la intimidad ni personal ni familiar pero que, si se revelan indiscriminadamente afectan o pueden afectar la capacidad del sujeto de desenvolverse cómodamente en la sociedad.

En el Perú no existe una ley de protección de datos personales, así que el concepto de protección de datos personales, de acuerdo con una revisión de la legislación comparada, puede entenderse como el legítimo derecho de cada individuo de evitar el uso de estos datos por terceros, sin su autorización, de tal modo que pueda evitar que este uso indebido ponga en riesgo el ejercicio o goce de algún derecho.

El artículo 2.6 de la Constitución del Perú hace referencia a este derecho vinculándolo a la protección del derecho a la intimidad personal y familiar. Así, esta norma indica que toda persona tiene derecho

"a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar."

El Tribunal Constitucional, mediante la jurisprudencia, ha establecido una interpretación más acorde del derecho a la autodeterminación informativa, como está señalado en la Constitución, con el derecho a la protección de los datos personales, al plantear que

"(...) el derecho a la autodeterminación informativa no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar, reconocido, a su vez, por el inciso 7) del mismo artículo 2° de la Constitución. Ello se debe a que mientras que este protege el derecho a la vida privada, esto es, el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas, aquel garantiza la facultad de todo individuo de poder preservarla controlando el registro, uso y revelación de los datos que les conciernen.

Tampoco el derecho a la autodeterminación informativa debe confundirse con el derecho a la imagen, reconocido en el inciso 7) del artículo 2° de la Constitución, que protege, básicamente la imagen del ser humano, derivada de la dignidad de la que se encuentra investido; mientras que el derecho a la autodeterminación informativa, en este extremo, garantiza que el individuo sea capaz de disponer y controlar el tipo de datos que sobre él se hayan registrado, a efectos de preservar su imagen derivada de su inserción en la vida en sociedad.

Finalmente, también se diferencia del derecho a la identidad personal, esto es, del derecho a que la proyección social de la propia personalidad no sufra interferencias o distorsiones a causa de la atribución de ideas, opiniones, o comportamientos diferentes de aquellos que el individuo manifiesta en su vida en sociedad.

En ese sentido, por su propia naturaleza, el derecho a la autodeterminación informativa, siendo un derecho subjetivo tiene la característica de ser, prima facie y de modo general, un derecho de naturaleza relacional, pues las

exigencias que demandan su respeto, se encuentran muchas veces vinculadas a la protección de otros derechos constitucionales."⁴

Primeras conclusiones

Tenemos entonces, en primer lugar, que el Tribunal Constitucional del Perú reconoce al derecho a la autodeterminación informativa o a la protección de los datos personales, y al derecho al acceso a la información pública, un carácter relacional. Es decir, adquieren su máxima relevancia en función de otros derechos que su ejercicio permite proteger o ejercer.

En segundo lugar, el propio Tribunal Constitucional del Perú exige, de acuerdo con la naturaleza relacional de los derechos indicados en el párrafo anterior, que sus restricciones sirvan estrictamente al interés constitucional que las justifica.

Quisiera poner estos dos datos en relieve para analizar el caso de la información contenida en las declaraciones juradas y que es materia del presente proceso constitucional.

II. Se refuerza la eficacia de la lucha contra la corrupción mediante la publicidad integral de la información contenida en las declaraciones juradas reguladas por la ley 27482

¿Cuál es el interés constitucional que justifica la publicidad exhaustiva de las declaraciones juradas? La lucha de todos los ciudadanos, y en especial de los periodistas, contra la corrupción en defensa del Estado de Derecho.

El artículo 43 de la Constitución Política del Perú señala lo siguiente:

"La República del Perú es democrática, social, independiente, y soberana"

El artículo 2.17 de la Constitución Política del Perú señala lo siguiente:

"Toda persona tiene derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación."

El artículo 31 de la Constitución Política del Perú señala lo siguiente:

"Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas."

Estos derechos reconocidos por nuestra Constitución tienen que ver directamente con la capacidad de cada individuo de auscultar aquella información que le concierne al estar referida a temas de interés público, a través de su acceso irrestricto. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente:

⁴ Resolución del expediente n° 1797-2002-HD, punto 3 de la parte considerativa

“El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad”⁵

Así mismo, la Convención Interamericana Contra la Corrupción, suscrita y ratificada por el Perú señala en su preámbulo lo siguiente:

"La corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos."

"La democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio."

"El combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social".

*"(...) la importancia de generar conciencia entre la población de los países de la región sobre la existencia y gravedad de este problema, así como de la **necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción.**" (El resaltado es mío)*

Compatible con todo ello, la publicidad de las declaraciones juradas de bienes y rentas de los funcionarios públicos, es decir, el derecho de cada ciudadano de hacer una revisión exhaustiva de esos documentos, está expresamente reconocido en la Constitución como un medio para prevenir los delitos de enriquecimiento ilícito.

La Constitución también ha fortalecido la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción al otorgar el derecho a cada ciudadano a denunciar ante el Fiscal de la Nación a los funcionarios que incurran en la presunción del enriquecimiento ilícito.

El artículo 41 de la Constitución Política del Perú señala lo siguiente:

"Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste, deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en la forma y condiciones que señala la ley."

⁵ Considerado N° 86 de la Sentencia de fecha 19 de septiembre de 2006 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con motivo del Caso N° 12.108 seguido por Marcel Claude Reyes y otros contra el Gobierno de Chile.

*Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, **por denuncia de terceros** o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial." (El resaltado es mío)*

El interés público en la persecución de la corrupción de los funcionarios públicos está refrendado en la publicidad de los procesos judiciales en donde se ventilan estos casos.

El artículo 139.4 de la Constitución Política del Perú señala lo siguiente:

"Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos (...) son siempre públicos."

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha dicho que:

"(...) no puede sino destacar que el derecho de acceso a la información pública es consustancial a un régimen democrático. En efecto, el derecho en referencia no sólo constituye una concretización del principio de dignidad de la persona humana (art. 1º de la Constitución), sino también un componente esencial de las exigencias propias de una sociedad democrática, ya que su ejercicio posibilita la formación libre y racional de la opinión pública. La democracia, se ha dicho y con razón, es por definición el "gobierno del público en público" (Norberto Bobbio). De ahí que disposiciones como la del artículo 109º o 139º, inciso 4), de la Constitución (por citar sólo algunas), no son sino concretizaciones, a su vez, de un principio constitucional más general, como es, en efecto, el principio de publicidad de la actuación estatal."⁶

¿Qué información contienen estas declaraciones juradas?

La ley 27482 señala en su artículo nº 3 lo siguiente:

*"Artículo 3: Contenido de la Declaración Jurada de Bienes y Rentas
La Declaración Jurada debe contener todos los ingresos, bienes y rentas, debidamente especificados y valorizados, tanto en el país como en el extranjero, conforme al Formato Único aprobado por el Reglamento de la presente Ley."*

El Decreto Supremo 080-2001-PCM señala lo siguiente en sus artículos 5 y 6.

"Artículo 5.- Las Declaraciones Juradas de Ingresos, de Bienes y Rentas que presenten los "Obligados" contendrán información acerca de sus ingresos, bienes y rentas debidamente especificados y valorizados, tanto en el país como en el extranjero, la misma que deberá ser consignada en el Formato Único establecido que obra como anexo del presente Reglamento."

⁶ Resolución del expediente nº 1797-2002-HD, punto 11 de la parte considerativa.

Para efectos del Reglamento se entiende por bienes, ingresos y rentas las remuneraciones, honorarios, ingresos obtenidos por predios arrendados, subarrendados o cedidos, bienes muebles arrendados, subarrendados o cedidos, intereses originados por colocación de capitales, regalías, rentas vitalicias, dietas o similares, bienes inmuebles, ahorros, colocaciones, depósitos e inversiones en el sistema financiero, otros bienes e ingresos del declarante, y todo aquello que reporte un beneficio económico al "Obligado".

"Artículo 6.- En las Declaraciones Juradas de Ingresos, y de Bienes y Rentas que presenten los "Obligados", se especificará y valorizará los bienes y rentas que pertenezcan al régimen de sociedad de gananciales."

Para analizar este contenido, apelo al voto discordante de la vocal superior Echevarría Gaviria expuesto en la resolución de segunda instancia objeto del presente agravio constitucional, y con el cual concuerdo sólo en parte. Ella dice lo siguiente:

"6°) En el caso de autos, no se aprecia con nitidez cuál es el inconveniente real y verdadero de la negativa a brindar la información solicitada por el actor, exceptuando claro está en el rubro 3.IV referido a la declaración de ahorros, colocaciones, depósitos e inversiones en el sistema financiero del declarante y de la sociedad de gananciales, pues esto entra de lleno, sin objeción que valga, en el ámbito del derecho a la intimidad.

Mas respecto de los otros puntos anotados no es comprensible que se deniegue la información reclamada si se considera, por otro lado, que la parte demandada no ha explicado con detalle cómo es que podría verse afectado el derecho a la intimidad. Pero, además, en cuanto a los datos generales, éstos figuran, aunque no específicamente, en la sección segunda, sin que se observe con claridad en qué medida puede afectar el derecho a la intimidad el hecho de que se conozca quién es la (el) cónyuge del funcionario(a) respectivo. En cuanto a los ingresos, éstos también aparecen determinados en cuanto al monto total en la sección segunda y en relación con los bienes, muebles e inmuebles, nada quita que pudiendo ser bienes registrados cualquier persona pueda conocer, mediante las oficinas registrales correspondientes, quien es su actual propietario. En similar sentido, no se logra advertir cómo es que la información de los bienes e ingresos adicionales del declarante y de la sociedad de gananciales puede afectar el derecho a la intimidad. Por lo demás, igual sucede con las acreencias y obligaciones a cargo del declarante.

7°) En todo lo expuesto, como se ha dicho, la parte emplazada no ha desarrollado argumentos jurídicos sólidos que permitan llegar a la convicción de que la información que se brinde puede, acaso, lesionar el derecho a la intimidad de sus titulares, ya que, como también se ha establecido, no es suficiente para negar lo solicitado el que, de manera simple, se rotule la información como reservada pues es su contenido el que determina tal

condición y no su mera calificación. Por tanto, la demanda debe ser estimada en parte de conformidad con los art. 2.5 y 200.2 de la Constitución."⁷

En efecto, la vocal somete la información contenida en las declaraciones juradas a una prueba de razonabilidad, es decir, a una evaluación sobre si aquella información amerita ser protegida de algún modo en resguardo de algún derecho fundamental de los funcionarios públicos. El criterio para estas evaluaciones ha sido expuesto por el Tribunal Constitucional como sigue:

*"Si bien es cierto que (...), el ejercicio de este derecho tiene límites expresos cuando se establece que "Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional"; no obstante, para este Tribunal Constitucional, queda meridianamente establecido como principio de observancia obligatoria para jueces y tribunales, de conformidad con la Primera Disposición General de nuestra Ley Orgánica, que el solo hecho de que una norma o un acto administrativo, como en el presente caso, atribuya o reconozca la condición de seguridad nacional a una información determinada, **no es razón suficiente, en términos constitucionales, para denegar el acceso a la misma; por el contrario, es siempre indispensable examinar si la información calificada de reservada reviste realmente o no tal carácter, acudiendo para tal efecto al principio constitucional de razonabilidad.**"*⁸ (El resaltado es mío)

Pero la vocal Echevarría Gaviria deja al margen de esta evaluación o prueba de razonabilidad a la información referida a la declaración de ahorros, colocaciones, depósitos e inversiones en el sistema financiero del declarante y de la sociedad de gananciales "pues esto entra de lleno, sin objeción que valga, en el ámbito del derecho a la intimidad"⁹. La vocal Echevarría no explica las razones por las cuales esta información no puede ser sometida a una prueba de razonabilidad, más bien, asume su confidencialidad como un presupuesto absoluto, categórico, dogmático e irrefutable.

La prueba o 'test' de razonabilidad sobre la naturaleza de la información contenida en las declaraciones juradas reguladas por la ley 27482, debe plantearse a partir del reconocimiento del carácter relacional del derecho al acceso a la información pública y del derecho a la protección de los datos personales o autodeterminación informativa.

En la medida que se trata de derechos relacionales, es decir, que sirven para proteger o ejercer otros derechos, este problema se resuelve mediante la ponderación de los bienes jurídicos o derechos que se busca proteger o garantizar con la publicidad o la reserva, respectivamente, de la información que contienen las declaraciones juradas.

¿Cómo se resuelve un conflicto entre el derecho al acceso a la información pública y otros derechos de igual jerarquía cuando el primero sirve para fortalecer la democracia?

⁷ Resolución del expediente 4063-2005 de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima, de fecha 19 de marzo de 2007.

⁸ Resolución del expediente n° 950-2000-HD, punto 6 de la parte considerativa.

⁹ Resolución del expediente 4063-2005 de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima, de fecha 19 de marzo de 2007.

Partamos de lo que señala la Contraloría General de la República sobre la importancia de la información contenida en las declaraciones juradas de los funcionarios públicos:

*"La Declaración Jurada de Ingresos y de Bienes y Rentas, constituye en este contexto una **herramienta preventiva contra la corrupción**; permite identificar si el funcionario público se está conduciendo con honestidad y de manera proba y honrada."*¹⁰ (El resaltado es mío)

*"La publicación de la declaración jurada de ingresos y de bienes y rentas es obligatoria, permitiendo a la ciudadanía tomar conocimiento de cómo aquellas personas a quienes el Estado ha confiado sus recursos, responden o no a la confianza en ellos depositada, **puediendo fiscalizarlos a través del conocimiento de los datos por ellos declarados.**"*¹¹ (El resaltado es mío)

*"(...) el tema de declaraciones juradas ha ido tomando gran importancia a través de los años, tomándose como una **herramienta básica en la lucha contra la corrupción**"*¹² (El resaltado es mío)

Tenemos entonces que el acceso a la información contenida en las declaraciones juradas de los funcionarios públicas es reconocido por la Contraloría General de la República como una necesidad para luchar contra la corrupción pues permite "a la ciudadanía fiscalizarlos a través del conocimiento de los datos por ellos declarados".

Por lo tanto, si es que el acceso a la información de las declaraciones juradas entra en conflicto con otros derechos oponibles, el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado que debe aplicarse la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica para resolver ese conflicto. Esta ponderación debe tomar en cuenta los fines que se persigue y los beneficios que se obtendría de ellos, tanto con la publicidad como con la reserva de la información, para saber si en el caso concreto el derecho al acceso a la información pública puede ser considerado una libertad preferida. ¿Cuáles son los fines legítimos por los cuales el acceso a la información pública debe ser considerado como una libertad preferida? El Tribunal lo ha dicho como sigue:

"(...) este Colegiado ha relevado que cuando el ejercicio del derecho de acceso a la información pública está destinado a contribuir con la formación de una opinión pública, libre e informada, éste ha de considerarse como una "libertad preferida". Tal condición se ha precisado en el Fund. Jur. N.º 11 de la STC N.º 1797-2002-HD/TC: "(...) no quiere decir que al interior de la Constitución exista un orden jerárquico entre los derechos fundamentales que ella reconoce, en la cúspide del cual se encuentre o pueda encontrarse el derecho de acceso a la información u otros derechos que cuentan igualmente con idéntica condición. Y, en ese sentido, que una colisión de éste con otros derechos fundamentales [o con otros bienes constitucionalmente protegidos] se resuelva en abstracto, haciendo prevalecer al que tiene la condición de libertad preferida. Evidentemente ello no es

¹⁰ Rol de la Declaración Jurada de Ingresos, y de Bienes y Rentas de Funcionarios Públicos, como Herramienta en la Lucha contra la Corrupción. Contraloría General de la República, Gerencia de Fiscalización de Declaraciones Juradas, Lima-Perú, Octubre 2005. Página 1.

¹¹ Contraloría General de la República. Ob. cit. Página 4.

¹² Contraloría General de la República. Ob. cit. página 7.

así. Todos los derechos constitucionales tienen, formalmente, la misma jerarquía, por ser derechos constitucionales. De ahí que ante una colisión entre ellos, la solución del problema no consiste en hacer prevalecer unos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica”.

No obstante, tratándose de una intervención legislativa sobre una libertad preferida, esta condición impone que el control sobre las normas y actos que incidan sobre ella no sólo se sujeten a un control jurisdiccional más intenso, a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sino, además, que en ese control tenga que considerarse que tales actos o normas que sobre él inciden carecen, prima facie, de la presunción de constitucionalidad.

Esta presunción se traduce en exigir al Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un apremiante interés público por mantener en reserva o secreto la información pública solicitada y, a su vez, que con tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. De modo que si el Estado no justifica dicha existencia, la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad; asimismo, ello implica que la carga de la prueba sobre la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado.”¹³ (El resaltado es mío)

“Por ello, tales libertades informativas son, al tiempo que derechos subjetivos, garantías institucionales del sistema democrático constitucional. Además, en tanto permiten la plena realización del sistema democrático, tienen la condición de libertades preferidas y, en particular, cuando su ejercicio permite el debate sobre la cosa pública.”

“Esta condición de las libertades informativas requiere que, cada vez que con su ejercicio se contribuya con el debate sobre las cosas que interesan a todos, deban contar con un margen de optimización más intenso, aun cuando con ello se pudiera afectar otros derechos constitucionales.”¹⁴ (El resaltado es mío)

A su vez, el Tribunal Constitucional ha dejado en claro que el derecho al acceso a la información pública no se garantiza mediante una mera formalidad, es decir, dejando al libre albedrío de las entidades públicas la decisión sobre cuanta información se entrega al público. De ser así, se desvirtuaría la condición de derecho relacional que tiene el acceso a la información pública, en la medida que la entrega de información incompleta o parcial evitaría en la práctica el adecuado ejercicio de otros derechos.

La calidad de la información sobre las declaraciones juradas que actualmente se publica, ha sido criticada duramente por el propio Presidente del Poder Judicial, Dr. Francisco Távara, por no permitir una adecuada revisión de la ciudadanía. Él ha señalado públicamente lo siguiente sobre este tema:

¹³ Resolución del expediente n° 2579-2003-HD, punto 6 de la parte considerativa.

¹⁴ Resolución del expediente n° 1797-2002-HD, punto 9 de la parte considerativa.

*"Son muy escuetas. Si ve "El Peruano", son un telegrama, **no lo entiende nadie**. Es función de la Contraloría General modificar esto y que sean más extensas. Tal vez se debe incluir al cónyuge y a los familiares más cercanos."*¹⁵ (El resaltado es mío)

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha buscado resolver este problema. A través de ella podemos deducir que el ejercicio satisfactorio del derecho al acceso a la información pública, en atención a su condición de derecho relacional, exige en cumplimiento de su contenido esencial una satisfacción cualitativa del derecho, acorde con los fines ulteriores que se persiguen mediante su ejercicio.

En este sentido, diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia en debate ha señalado que:

*"El contenido constitucionalmente garantizado por el derecho de acceso a la información pública no sólo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y, correlativamente, la obligación de dispensarla de parte de los organismos públicos. A criterio del Tribunal, no sólo se afecta el derecho de acceso a la información cuando se niega su suministro, sin existir razones constitucionalmente legítimas para ello, sino también cuando la información que se proporciona es **fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada**.*

*En su faz positiva el derecho de acceso a la información impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar; y, en su faz negativa, exige que la información que se proporcione **no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa**."*¹⁶ (El resaltado es mío)

La información de las declaraciones juradas ha servido para que la prensa informe o prevenga sobre casos de corrupción de funcionarios públicos.

En Brasil, en 2002, el diario *Folha do S. Paulo*¹⁷ publicó por primera vez en la historia de ese país, todas las propiedades y bienes de los altos funcionarios públicos. Toda esta información se volcó una página de Internet¹⁸ desde el 11 de septiembre de 2002. Cuenta con 6,730 registros correspondientes a 1998, 2000 y 2002 de todas las propiedades y bienes de los políticos de Brasil. La base de datos contiene información del 90% de la fuerza política en el país. El primer resultado práctico de esta recopilación fue una serie de reportajes en *Folha de S. Paulo*, en sus ediciones del 9 al 12 de septiembre de 2002, dando a conocer por primera vez el valor total de bienes declarados de un poco más de cinco mil políticos: 1,5 billones de dólares. También se publicó información sobre los 10 políticos con mayor patrimonio declarado en cada partido político, así como aquellos con problemas fiscales (11,34% del total).

¹⁵ Diario El Comercio, Sección Política. Lunes 15 de Enero de 2007.

¹⁶ Resolución de los expedientes 1797-2002-HD (punto 16), 1614-2002-HD (punto 3) y 5952-2006-HD (punto 3).

¹⁷ <http://www.folha.uol.com.br>

¹⁸ www.controlepublico.com.br

Nuevamente en Brasil, el diario *O' Globo*¹⁹ de la ciudad de Río de Janeiro reveló en 2004 cómo veintisiete parlamentarios de la Asamblea Legislativa de Río de Janeiro (ALERJ) incrementaron ilícitamente sus respectivos patrimonios, de acuerdo con una evaluación exhaustiva de las declaraciones juradas que ellos habían depositado en el Tribunal Regional Electoral durante la etapa de postulación. Este trabajo de investigación denominado "Los Hombres de bienes de la ALERJ" obtuvo el Premio 'Esso' de Periodismo y el Premio Rey de España. Asimismo, quedó en 2do. lugar en la edición 2004 del Premio a la Mejor Investigación Periodística de un caso de Corrupción de América Latina, que otorga un jurado internacional²⁰ y es entregado por IPYS, Open Society Institute y Transparencia Internacional.

Ese año, el mismo jurado otorgó el Premio a la Mejor Investigación Periodística de América Latina sobre un caso de corrupción, al trabajo del diario *La Nación*²¹ de San José de Costa Rica que reveló los pagos ilegales de empresas privadas a importantes funcionarios públicos y políticos, entre ellos, a los ex presidentes Rafael Calderón y Miguel Ángel Rodríguez. Esta investigación se hizo a partir de la revisión exhaustiva de declaraciones juradas y que llevó al descubrimiento de un desbalance patrimonial inmobiliario del presidente ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguro Social, Eliseo Vargas, encargado de realizar las mayores adquisiciones estatales.

III. La ley 27482, de acuerdo con la Constitución, garantiza la máxima publicidad de las declaraciones juradas que regula, en aras de la lucha contra la corrupción.

Para analizar este punto, partimos de lo señalado por la propia ley 27482.

"Artículo 1.- Objeto de la ley

La presente ley regula la obligación de presentar la Declaración Jurada de Ingresos, Bienes y Rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado, conforme lo establecen los Artículos 40º y 41º de la Constitución Política y los mecanismos de su publicidad, independientemente del régimen bajo el cual laboren, contraten o se relacionen con el Estado." (El resaltado es mío)

"Artículo 4.- Oportunidad de su cumplimiento

(...)

La Declaración Jurada se registra y archiva con carácter de instrumento público en la Contraloría General de la República; y una copia autenticada por funcionario competente se archiva en la entidad correspondiente." (El resaltado es mío)

"Artículo 6.- Publicación de las Declaraciones Juradas de Ingresos y de Bienes y Rentas

¹⁹ <http://oglobo.globo.com>

²⁰ El jurado está compuesto por Marcelo Beraba, reportero especial de *Folha de S. Paulo* y presidente de la Asociación Brasileña de Periodistas de Investigación; Gustavo Gorriti, presidente del IPYS; Michael Reid, editor para las Américas de *The Economist*; Gerardo Reyes, investigador de *El Nuevo Herald*, de Miami y coganador del premio Pulitzer; y Tina Rosenberg, periodista de *The New York Times* y ganadora del premio Pulitzer.

²¹ <http://www.lanacion.com>

*El Titular de cada Pliego Presupuestal es el responsable de **publicar en el Diario Oficial El Peruano la Declaración Jurada de Ingresos y de Bienes y Rentas presentada por los funcionarios y servidores públicos del Estado, (...) declaración que debe contener la valorización de los bienes y rentas***". (El resaltado es mío)

*"Artículo 7.- Incorpora Párrafo al Artículo 401° del Código Penal
Incorpórase un párrafo segundo al Artículo 401° del Código Penal, en los términos siguientes:*

'Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que notoriamente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita".
(El resaltado es mío)

Constatamos entonces que la ley n° 27482, denominada Ley que Regula la Publicación de las Declaraciones Juradas de Ingresos y de Bienes y Rentas de los Funcionarios y de los Servidores Públicos del Estado determina que este documento, que se entrega a la Contraloría General de la República, es de naturaleza pública.

Además la ley obliga a la publicación de las declaraciones juradas en el Diario Oficial El Peruano, sin establecer ningún tipo de discriminación, distinción, diferencia o exclusión en la información que ellas contienen.

IV. ¿Es posible restringir el acceso a la información pública mediante un Decreto Supremo?

Mediante una norma reglamentaria, el DS 080-2001-PCM, el Poder Ejecutivo ha creado una distinción (entre lo público y lo reservado) en donde el legislador no lo ha hecho.

La Constitución y una Ley de Congreso de República, como es la ley n° 27482, señalan expresamente que la información contenida en las declaraciones juradas de los funcionarios públicos es de carácter público sin ningún tipo de restricción. Si las hubiera, éstas deberían ser expresas y contempladas en los artículos 40 y 41 de la misma Constitución o en la ley 27482.

El artículo 17.6 señala que no podrán ser de conocimiento público:

"(...) aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República".

El primer párrafo del artículo 18 de la ley 27806 dice que:

*"No se puede establecer por una norma de **inferior jerarquía** ninguna excepción a la presente Ley"*. (El resaltado es mío)

Clasificar una información cuya naturaleza es pública, a través de un Decreto Supremo, contraviene los artículos 17.6 y 18 de la ley 27806 de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

V. El proceso de hábeas data sirve para declarar la inaplicabilidad del Decreto Supremo 080-2001-PCM

El artículo 3 del Código Procesal Constitucional señala lo siguiente:

"Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento una norma incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma."

En este caso, la demanda de hábeas data se origina en la restricción ilegítima al acceso a la información pública por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, al sustentarse en el Decreto Supremo 080-2001-PCM, es decir, en una norma de jerarquía inferior a la ley, sin tomar en cuenta la prohibición expresa establecida en el artículo 13 del Texto Único Ordenado de la ley 27806 que señala lo siguiente:

"La denegatoria de acceso a la información solicitada debe ser debidamente fundamentada en las excepciones de los artículos 15 a 17 de esta Ley, señalándose expresamente y por escrito las razones por las que se aplican esas excepciones y el plazo por el que se prolongará dicho impedimento".

Por lo tanto, señor presidente del Tribunal Constitucional, le solicito respetuosamente tomar en cuenta lo señalado en este documento al momento de resolver esta controversia, la cual considero debe ser resuelta declarando FUNDADA la demanda, en favor de la transparencia integral de las declaraciones juradas de los funcionarios públicos.

Atentamente,



Javier Casas
CAL 31290
Director del área jurídica
Instituto Prensa y Sociedad

Lima, 21 de diciembre de 2007